



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região

Recurso Ordinário Trabalhista

0101005-31.2017.5.01.0062

Processo Judicial Eletrônico

Data da Autuação: 29/05/2019

Valor da causa: \$45,000.00

Partes:

RECORRENTE: [REDACTED]

ADVOGADO: WAGNER GUSMÃO REIS JUNIOR

RECORRENTE: [REDACTED]

ADVOGADO: RAFAEL TAVARES THOME

RECORRENTE: [REDACTED]

ADVOGADO: RAFAEL TAVARES THOME

RECORRENTE: [REDACTED]

ADVOGADO: RAFAEL TAVARES THOME

RECORRIDO: [REDACTED]

ADVOGADO: RAFAEL TAVARES THOME

RECORRIDO: [REDACTED]

ADVOGADO: RAFAEL TAVARES THOME

RECORRIDO: [REDACTED]

ADVOGADO: RAFAEL TAVARES THOME

PAGINA_CAPA_PROCESSO_PJEADVOGADO: WAGNER GUSMÃO REIS JUNIOR



PODER JUDICIÁRIO JUSTIÇA DO
TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 1ª REGIÃO
1ª Turma

PROCESSO nº 0101005-31.2017.5.01.0062 (ROT)

RECORRENTE:

[REDAÇÃO MUDADA]

RECORRIDO:

[REDAÇÃO MUDADA]

RELATORA: ANA MARIA MORAES

VÍNCULO DE EMPREGO. CORRETOR DE IMÓVEIS. EXISTENTE. A existência de vínculo de emprego consiste em matéria fática e prescinde de relação contratual formalizada. Nenhuma lei ou negócio jurídico privado, existente no ordenamento jurídico, tem força para descharacterizar efetiva relação de emprego auferida por primazia da realidade. E nem pode ter sido esta a intenção do legislador, ao editar a lei 6.530/1978, prevendo a autonomia profissional dos corretores de imóveis como uma possibilidade favorável ao trabalhador (CLT, arts. 9º e 442-B). O art. 6º, §2º, da lei 6.530/1978 prevê a opção do corretor se associar a mais de uma imobiliária, mantendo sua autonomia profissional, contudo foi a reclamada quem esvaziou inteiramente a possível autonomia profissional atribuída legalmente aos corretores, ao tratar-lhes como se seus subordinados fossem, dirigindo diretamente a prestação de serviços com escala de horários, atribuição de metas, advertências e treinamentos obrigatórios, não cabendo agora se eximir das responsabilidades legais que atraiu ao exercer o *jus variandi* de forma a obter maior lucro (CLT, arts. 2º e 3º).

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso ordinário, em que são partes: [REDAÇÃO MUDADA]

[REDAÇÃO MUDADA], como recorrentes e recorridos.

Inconformadas com a sentença, complementada pela decisão de embargos de declaração, prolatada pela MM. Juíza Natalia dos Santos Medeiros, da 62ª Vara do Trabalho do Rio de Janeiro, que julgou parcialmente procedente o pedido, dela recorrem as partes reclamada, pretendendo rediscutir vínculo de emprego, média comissional, verbas trabalhistas, multa do art. 477 da CLT e multa por descumprimento de obrigação de fazer e; adesivamente, a autora, pretendendo rediscutir o prazo prescricional do FGTS.

Assinado eletronicamente por: ANA MARIA SOARES DE MORAES - 13/08/2019 12:29:14 - 25fe8fd
<https://pje.trt1.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?nd=19071613005829000000036562955>
Número do processo: 0101005-31.2017.5.01.0062
Número do documento: 19071613005829000000036562955

Contrarrazões pela parte autora e parte ré, com preliminar.

Sem manifestação do duto Ministério Público do Trabalho, nos termos do que dispõe o Ofício PRT/1ª Região nº 737/2018, de 05 de novembro de 2018.

É o relatório.

VOTO

CONHECIMENTO

Preliminar

A reclamada suscita em contrarrazões, preliminarmente, ausência de dialeticidade recursal, sustentando que o apelo do reclamante não ataca os fundamentos da sentença.

Cumpre esclarecer que é inaplicável a exigência de dialeticidade como pressuposto intrínseco do recurso ordinário de competência de Tribunal Regional do Trabalho, exceto em caso de recurso cuja motivação seja inteiramente dissociada dos fundamentos da sentença (item III da Súmula 422 do TST), o que não é observado no presente caso.

A questão da dialeticidade recursal deve ser analisada sob o prisma dos princípios da simplicidade e informalidade que regem o Processo do Trabalho e, ainda, o da primazia da decisão de mérito (arts. 4º e 6º do CPC/15), que orienta as bases do Processo Civil contemporâneo e possui plena compatibilidade com a matriz processual trabalhista (art. 769, CLT c/c art. 15, CPC/15 e IN nº 39, do C. TST).

Rejeito a preliminar.

Conclusão

Satisfeitos os pressupostos subjetivos e objetivos de admissibilidade, **conheço de ambos os recursos ordinários** interpostos pelas partes autora e ré, conforme itens certificados pelo juízo *a quo*.

MÉRITO

Assinado eletronicamente por: ANA MARIA SOARES DE MORAES - 13/08/2019 12:29:14 - 25fe8fd
<https://pje.trt1.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?nd=19071613005829000000036562955>
Número do processo: 0101005-31.2017.5.01.0062
Número do documento: 19071613005829000000036562955

Recurso da Parte Ré

Do Vínculo de Emprego

A parte autora pretende a reforma da r. sentença a fim que seja excluído da condenação o reconhecimento de vínculo empregatício. Em resumo, alega que incumbia ao autor fazer prova da relação de emprego emoldurada pelos arts. 2º e 3º da CLT, com base nos arts. 818 da CLT e 373, I, do CPC, aduzindo que o corretor de imóveis, até robusta prova em contrário, é profissional autônomo, regulamentado especificamente pela lei de nº 6.530 /1978 e pelo Decreto n. 81.871/1978. Aduna, também, que jamais assalariou, dirigiu ou manteve o autor sob sua dependência econômica.

Com base nisso, defende que o pleito do reclamante ainda fere o princípio da boa-fé objetiva nas relações contratuais, uma vez que a ré somente se comprometeu a fornecer condições para desenvolvimento da atividade imobiliário e o autor a prestar seus serviços com autonomia, ambos repartindo ao final o resultado econômico das transações, sem nenhum vício de consentimento no credenciamento de ambas as partes.

A ré ainda se socorre dos arts. 442-B e 577 da CLT, bem como da ação civil pública de n. 0001247-70.2012.5.01.0057, análoga ao tema dos autos, para sustentar o exercício profissional autônomo da função dos corretores imobiliários. Ainda, sustenta que houve contradição entre o depoimento do autor e da testemunha, destacando que a prova testemunhal comprovou que existia mera relação de parceria. Ademais, diz a recorrente que não merece ser punida pelo fato de o reclamante, como autônomo, laborar em sua atividade-fim, já que o art. 3º do Decreto 81.871/1978 permite que as atividades de compra, venda, permuta e locação de imóveis sejam exercidas por pessoa jurídica desde que o atendimento ao público seja feito por corretor habilitado.

Observa-se que o mm. juízo de primeiro grau julgou procedente o pedido de reconhecimento de vínculo de emprego entre o autor e a primeira ré, no período de 15 /03/2002 a 19/12/2015, e condenou as rés, solidariamente, ao pagamento dos consectários da relação de emprego. Abaixo, transcreve-se a sentença na íntegra, para melhor elucidar os pontos a serem examinados:

"Para que uma relação jurídica seja reconhecida como uma relação empregatícia, basta que os elementos fático-jurídicos previstos nos arts. 2º e 3º, ambos da CLT, estejam presentes. De todos os elementos ali previsto, assume relevo o elemento da subordinação, já que é ele que diferencia a relação de emprego das outras modalidades de prestação de serviços.

No caso do corretor de imóveis, a jurisprudência é no sentido de que, em regra, a relação é autônoma, salvo se os elementos acima identificados estiverem presentes.

Assim, se a empresa fornecer toda a estrutura e dirigir a prestação de serviços do corretor haverá vínculo de emprego.

No caso aqui analisado, chamou a atenção desta magistrada o documento de ID ce6f8d9. Ali há a menção de horário de trabalho.

As testemunhas confirmaram a informação de que há uma regra que identifica bem a subordinação existente entre as partes: o corretor não poderia se ausentar antes do fim do plantão, sob pena ter seu nome excluído do rodízio de atendimentos.

A preposta disse que "a informação 09:01 fora do plantão. Significa que os corretores que não chegassem até esse horário ficariam fora do plantão desse dia, podendo participar do plantão da tarde"

Percebe-se que a reclamada colocava à disposição do reclamante toda a estrutura de trabalho, os clientes eram dela e era ela quem controlava como a prestação de serviços seria feita, inclusive com a fixação de regras bem claras.

Para que o autor fosse reconhecido como autônomo, deveria ser livre para prestar seus serviços, tendo autonomia para entrar e sair quando bem lhe aprouvesse. Não era isso que acontecia.

Por isso, procede o pedido. Reconheço o vínculo de emprego entre 15/03/2002, até o dia 19/12/2015, exercendo a função de corretor de imóveis.

No que diz respeito ao salário, ficou constatado que o reclamante ganhava salário variável, que dependia da concretização da venda.

É sabido que o mercado imobiliário sofreu significativa queda nos últimos anos e que os corretores podem passar meses sem realizar nenhuma negociação.

Assim, pela teoria da verossimilhança da alegação, a tese da reclamada de que não era todos os meses que o reclamante realizava vendas prevaleceu.

No entanto, é certo que nenhum empregado pode ganhar menos do que um salário mínimo mensal.

Dentro disso, reconheço que o reclamante auferia salário composto por comissão de 18% sobre o valor de comissão pago para a imobiliária pelo cliente.

Condeno a reclamada a anotar a CTPS do reclamante. Para tanto, deverão comparecer em Secretaria reclamante portando sua CTPS e reclamada para realizar a anotação, sob pena de aplicação de multa de R\$ 500,00, em favor do reclamante. Na inéria da reclamada, anote a Secretaria sem prejuízo da execução da multa. Observe-se que não poderá haver menção sobre esta decisão.

No que diz respeito ao pagamento da gratificação natalina, férias e FGTS, a reclamada não juntou recibo de pagamento, o que lhe cabia, já que pagamento é fato extintivo do direito do

autor (art. 818 da CLT). Assim, procede o pedido. Condeno a ré a pagar 13º. Salários, férias +1/3 e FGTS do período imprescrito.

As férias 2011/2012, 2012/2013, 2013/2014, devem ser pagas em dobro, pois o período concessivo já havia se esgotado na época da rescisão".

Ao exame.

Analizando os autos, importa registrar que o reclamante ajuizou ação trabalhista postulando o reconhecimento de vínculo de emprego e pagamento de verbas trabalhistas e rescisórias, alegando que, durante o período de 15/03/2002 a 19/12/2015, atuou como Corretora de Imóveis em favor da segunda ré, preenchendo todos os requisitos do vínculo de emprego, mas sem ter a relação formalmente reconhecida e sem receber verbas que lhe eram de direito.

Acostou "recibos de pagamento autônomo" (RPA) pela prestação de serviços de assessoria imobiliária, com descontos de INSS, IRPF e ISS.

Juntou ainda planilhas de pagamento com os valores recebidos e vendidos por cada corretor. Assim como fichas de plantões, nas quais consta o nome, o turno, a hora e um campo para anotação de atrasos e faltas. O aludido documento é expresso e claro ao determinar horário de trabalho, bem como ao estabelecer que, uma vez iniciada a distribuição das fichas, o que se dava às 08h30 no turno da manhã e às 14h00 no turno da tarde, "o corretor perderá a vez se não estiver na loja", sendo que, às 09h01, já estava considerado como "fora do plantão".

Ou seja, registre-se que as orientações estabelecidas pela ré não se tratavam de um limite quantitativo aos corretores em si, mas de verdadeiro estímulo ao comparecimento destes no horário designado para abertura e funcionamento da loja. Tudo isso era feito por meio de gerentes, que atuavam em nome da reclamada.

Em defesa, a reclamada negou o vínculo de emprego, alegando que o autor foi contratada como corretor de imóveis, profissão regulamentada por lei específica, que determina seja o trabalho prestado de forma autônoma. Negou a existência de subordinação, pessoalidade e onerosidade na prestação de serviços e acostou o contrato de credenciamento associativo, prevendo a prestação de serviços autônomos do reclamante em seu favor.

Em audiência, foram colhidos os seguintes depoimentos:

"Inquirido, afirmou o reclamante que: "começou a trabalhar em março de 2001, por volta do dia 14/20; que exibido o documento de ID fcf9d36, disse o autor que foi obrigado a assinar tal documento; trabalhava das 08h às 20h com folgas aos finais de semana de 15 em 15 dias; que tirava de 20/30/40 minutos para refeição; não havia proibição do gozo de 01h de intervalo; que havia sistema de turnos, mas como ocupava a função de gerente parcial, tinha que abrir e fechar a loja; que se deixasse de ir um dia, perdia o dia seguinte; caso não fosse sábado e domingo, perdia a semana subsequente inteira; que quando diz que perdia o plantão, quer dizer que não podia trabalhar no plantão daquele dia; que não havia sorteio para atendimento ao cliente; que os atendimentos aos clientes eram destinados por ordem de chegada; que se precisasse se ausentar por algum motivo, por exemplo se desejasse sair de férias, poderia negociar com o supervisor ou diretor; não poderia se fazer substituir; que se não pudesse atender o cliente no horário especificado, poderia enviar um colega da equipe; que nesse caso a comissão seria dividida [...] que o sistema de trabalho não é igual para todas as lojas; **que algumas lojas trabalham à base de sorteio; que se não tivesse no plantão não tinha obrigação de comparecimento; que a escala de plantão era montada pela diretoria e supervisão; que os corretores não participavam da montagem da escala;** que poderia trocar plantões com colegas; os únicos feriados com folga eram natal, ano novo e carnaval; que é procedimento da empresa emendar natal e ano novo; que quanto ao carnaval, votavam a trabalhar normalmente na quinta feira de cinzas; que não se ausentou por período nenhum; que o supervisor respondia pela loja e não atuava como corretor; que atua como corretor; que foi mandado embora; que atualmente não possui carteira assinada."

Inquirida, afirmou a reclamada que: " exibido o documento de ID ce6f8d9 a preposta disse que o documento não retrata controle de horários, mas sim organização de fila dos corretores afilados; que o controle é feito para disponibilidade de espaço; **que o documento, embora tenha a identificação falta/atraso, não possui nenhum nome vinculado, já que os corretores não eram penalizados por ausências; esta magistrada questionou a necessidade de existir um campo específico para falta/atraso e a preposta não soube dizer; que é a empresa quem elabora o documento em questão; que na página 3 do documento (29 do download) a sra. [REDACTED] não compareceu à loja; que era autônoma e poderia fazê-lo;** que quem atrasasse ou faltasse não era suspensa no plantão seguinte; que no mesmo documento, a informação 09:01 fora do plantão. Significa que os corretores que não chegassem até esse horário ficariam fora do plantão desse dia, podendo participar do plantão d' tarde; que isso ocorre porque a loja não comporta muitos corretores; que não há estabelecimento de metas; que o documento de ID ce6f8d9 (pagina 8 ou 34 do download) não está timbrado e não conhece nenhuma assinatura.

PRIMEIRA TESTEMUNHA INDICADA PELO RECLAMANTE: Nome: [REDACTED] Compromissado e advertido, na forma da lei, respondeu que: "trabalhou na ré de 29/06/2007 até 05/12/2016; que era corretor na loja [REDACTED]; que o autor trabalhou um período nesta loja como corretor de imóveis; **que na loja não havia diferença entre os corretores relativamente aos imóveis, se comercial, residencial ou valor de compra e venda; que a escala de plantão era feita pela gerência; que o gerente Carlos Freitas organizava a escala; que as escalas eram de 08h às 14h ou de 14h às 19h;** que já trabalhou nos dois plantões, que a mudança aconteceu por determinação da empresa; que o mesmo aconteceu com o autor; **que trabalhavam de domingo a domingo com folga nos finais de semana a cada 15 dias; que o autor não podia se ausentar e mandar alguém no seu lugar; que se precisasse se ausentar ou atrasassem, ficavam fora do próximo plantão; se a ausência acontecesse sábado ou domingo, perdiam o plantão da semana subsequente;** que não tinha horário de almoço; que davam um jeito de tomar um lanche; que o tempo de intervalo dependia da correria do dia, podendo ser de 15 a 30 minutos; que havia o controle de entrada e saída em uma pauta assinada pelos corretores; que exibido o documento de ID ce6f8d9, disse a testemunha que o documento era um documento interno da loja; que não consta sua rubrica no documento; que trata-se de pauta de reunião da gerência; que acredita que o documento tenha sido elaborado pela gerência da loja; **que havia meta de produtividade; que se atrasassem para o plantão das 08h não poderiam trabalhar no plantão das 14h; que se o atraso ou falta acontecessem ficavam fora do plantão do dia seguinte; que no entanto deveriam comparecer à reclamada neste dia seguinte para não perderem o plantão do dia subsequente; que ficar fora do plantão significa que não atenderiam clientes; que quem fazia o pagamento era a gerência da loja; que havia cheques que vinham da empresa; que a pauta era para controle de horário e não controle de atendimento, embora a pauta também controlava o atendimento; que participavam das reuniões os gerentes e corretores; que há obrigação de participar das reuniões;** que trabalhou na loja do Grajaú, em 2007 na abertura, tendo sido transferido para a [REDACTED], em 2012, tendo retornado ao Grajaú em 2013; que no começo de 2015 foi transferido para a loja Afonso Pena". Nada mais.

1^a TESTEMUNHA INDICADA PELA RECLAMADA: Nome: [REDACTED] Compromissado e advertido, na forma da lei, respondeu que: "trabalha na ré desde 1997; que é corretora líder desde 2005; que não trabalhou com o reclamante; que o conhece apenas de vista; que o funcionamento das lojas é o mesmo; que as vezes um detalhe ou outro sofre alteração; que não trabalhou na loja do Grajaú; que há dois horários de trabalho, das 08h às 14h ou das do Grajaú; que há dois horários de trabalho, das 08h às 14h ou das 08h às 20h; **que os corretores trabalham ou num horário ou no outro e que algumas lojas organizam as escalas por ordem de chegada e outras por sorteio;** que os corretores trabalham numa semana pela manhã e na outra na parte da tarde; que se precisam trocar de horário, avisam que trabalharão no horário trocado; que as visitas são realizadas de acordo com o horário do cliente;

que quando não está no plantão, não há obrigatoriedade de comparecer na loja, assim como se não está no plantão, pode comparecer se quiser; **que os corretores tem controle de horário para que a ordem de atendimento seja elaborada; que exibido o documento de ID ce6f8d9, disse a testemunha que é a planilha de organização de horário de chegada e ordem de atendimento; que quanto ao campo falta/atraso, significa que os corretores que não chegam até às 09h, ficam fora daquele plantão; que que se não comparecessem às reuniões, não haveria penalidade; que o reclamante não deveria fazer transações imobiliárias fora da reclamada; que se a empresa tomasse ciência de condutas dessa natureza, certamente pediria para o autor se retirar e trabalhar em outra empresa; que havia ficha de visitas, mas não com a finalidade de fiscalização de horário, mas sim para que ficasse documentado que quem iniciou a transação foi o corretor; que nunca soube que as reuniões tinham ata; que exibido o documento de ID ce6f8d9, disse a testemunha que nas reuniões realizadas na loja que trabalhou, havia documentação das matérias tratadas na reunião, havia documentos similares ao exibido; que nessas reuniões ficava ajustado o que os corretores haviam conversado entre eles". Nada mais." (grifos)**

Expostos os fatos e as provas, segue a fundamentação.

A existência de vínculo de emprego consiste em matéria fática e prescinde de relação contratual formalizada. Nenhuma lei ou contrato particular, existentes no ordenamento jurídico, têm força para descharacterizar efetiva relação de emprego auferida por primazia da realidade. E nem pode ter sido esta a intenção do legislador ao editar a lei n. 6.530 /1978, prevendo a autonomia profissional dos corretores de imóveis como uma possibilidade favorável ao trabalhador (CLT, art. 9).

Vê-se que, sim, o art. 6º, §2º, da lei n. 6.530/1978 prevê a opção do corretor se associar a mais de uma imobiliária, mantendo sua autonomia profissional. Contudo não foi isso que aconteceu na hipótese, sobretudo quando a própria testemunha da ré afirmou que os corretores não poderiam prestar serviços a outras imobiliárias, sob pena de serem afastados.

Ainda, extrai-se, da prova documental e oral, que o reclamante trabalhava diariamente e com exclusividade para a reclamada, intermediando a compra e venda de imóveis de clientes da ré - tarefas estas inseridas na atividade-fim da empresa, cumprindo plantões predeterminados pelos gerentes, prepostos da reclamada, e recebendo comissões repassadas pela empresa, sendo irrelevante que os recursos financeiros fossem oriundos dos clientes da reclamada, pois destinava-se parte deles para remunerar corretores e gerentes.

Infere-se, ainda, que o reclamante não podia fazer-se substituir por

figura estranha aos quadros da ré. E, na hipótese de atraso ou falta, ficava de fora do plantão da vez ou do subsequente, respectivamente, em represália.

Outrossim, principalmente, a subordinação jurídica foi robustamente comprovada tanto pela prova oral quanto pelos documentos colacionados aos autos, que confirmaram a sujeição aos horários estabelecidos pela demandada, o *ranking* de vendas, a estipulação de metas e a obrigatoriedade de comparecer a reuniões de treinamento, além das advertências verbais aplicadas em caso de faltas injustificadas e de baixa produtividade, o que mitiga a existência de autonomia na atuação dos corretores.

Saliente-se que embora as testemunhas da ré tenham mencionado que não haviam punições nas hipóteses de faltas e que não havia obrigação de usar uniforme e comparecer aos treinamentos, induzindo que os corretores assim faziam por mero interesse, não se sustenta tal afirmação, que vai de encontro àquela extraída da prova testemunhal produzida pelo autor.

Torna-se evidente que havia controle e interferência do gerente no trabalho do reclamante, caracterizando claro exercício do poder diretivo, o que retira destes a autonomia que a lei n. 6.530/1978 faculta no desempenho do trabalho de corretagem.

Não é razoável, portanto, entender que houve autonomia numa prestação de serviços que precisava se enquadrar em horários predeterminados conforme a conveniência da reclamada e obrigava os corretores a comparecer às convenções e reuniões promovidas pela ré, sem nenhuma participação do empregado.

Nem mesmo é crível que se sustente a autonomia do reclamante, enquanto a reclamada gerenciava a ação dos corretores escalando os plantões, dando ordens, advertindo verbalmente os corretores e controlando-os através dos gerentes que, indubitavelmente, dirigiam a prestação de serviços e estavam presentes em todos os fechamentos de vendas. Demonstrando-se típico exercício do *jus variandi* pela empresa, na direção dos serviços dos corretores que, faticamente, eram empregados da ré.

A análise probatória deixa claro que os serviços eram prestados com pessoalidade, habitualidade e onerosidade, sobretudo subordinação e dependência da parte autora à reclamada, que lhe dirigia pessoalmente os serviços da forma como melhor lhe atendesse (CLT, arts. 2º e 3º).

A cláusula geral acerca da boa-fé objetiva, que rege as relações contratuais privadas, com efeito se aplica aos contratos de trabalho, ainda aos tacitamente firmados ou aos mascarados por outra designação, mas não com a interpretação que sugere a reclamada.

Veja que foi ela mesma quem esvaziou inteiramente a facultada autonomia profissional atribuída legalmente aos corretores, ao tratar-lhes como se seus subordinados fossem, não cabendo agora se eximir das responsabilidades legais que atraiu ao dirigir o trabalho do reclamante de forma a obter maior lucro. Não atuou o autor como mero intermediário de vendas, mas, sim, como típica empregado, executando ordens provindas dos gerentes da reclamada.

Registre-se que a exclusividade não é requisito para formar vínculo de emprego. E, dessa forma, eventual serviço que o autor tenha executado individualmente ou a outra empresa não elide a relação de emprego existente entre as partes dessa ação (CLT, art. 442-B).

A decisão judicial proferida na ACP mencionada pela ré não atrai presunção desfavorável à reclamante, é sabido que muitas imobiliárias atuam sem um corretor sequer registrado em seus quadros, abstendo-se de adimplir os direitos trabalhistas enquanto goza do lucro aferido pelo trabalho do corretor. Tal situação fática é muito prejudicial à ordem constitucional que enuncia o valor social do trabalho como um dos seus fundamentos.

O fato de ser possível hoje em dia terceirizar a atividade-fim da não é relevante para o deslinde da controvérsia, pois não se discute a terceirização na hipótese, mas a validade da contratação autônoma, esta elidida pela clara subordinação existente na relação entre as partes.

Sendo assim, presentes os requisitos caracterizadores do vínculo de emprego, mantém-se a r. sentença (CLT, art. 3º).

Nego provimento.

Da Média das Comissões

Mantido o reconhecimento do vínculo de emprego, argui a reclamada que a média comissional fixada pelo MM. Juízo de Primeiro Grau está incorreta. Pleiteia seja considerada a planilha de vendas juntada pela ré, não impugnada especificamente pelo reclamante, uma vez que a sentença fixou média em muito superior ao que de fato ocorria. Sustenta que "postulou, como se constata da ressalva na audiência realizada no dia 16/02/2018 (fls. 311/314), que fosse consultado o sistema INFOJUD, de forma a apurar nas declarações de Imposto de Renda do autor (no período da prestação de serviços), os valores lá declarados, uma vez que o recorrido sustentou média aleatória, sem apresentação de documentos fidedignos que amparassem suas assertivas". Requer a expedição de ofício à Receita Federal, acusando-o de sonegação fiscal.

Sobre o tema, consta na r. sentença:

Assinado eletronicamente por: ANA MARIA SOARES DE MORAES - 13/08/2019 12:29:14 - 25fe8fd
<https://pje.trt1.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?nd=19071613005829000000036562955>
Número do processo: 0101005-31.2017.5.01.0062
Número do documento: 19071613005829000000036562955

"No que diz respeito ao salário, ficou constatado que o reclamante ganhava salário variável, que dependia da concretização da venda.

É sabido que o mercado imobiliário sofreu significativa queda nos últimos anos e que os corretores podem passar meses sem realizar nenhuma negociação.

Assim, pela teoria da verossimilhança da alegação, a tese da reclamada de que não era todos os meses que o reclamante realizava vendas prevaleceu.

No entanto, é certo que nenhum empregado pode ganhar menos do que um salário mínimo mensal.

Dentro disso, reconheço que o reclamante auferia salário composto por comissão de 18% sobre o valor de comissão pago para a imobiliária pelo cliente".

Ao exame.

É incontrovertido nos autos que os corretores recebiam apenas comissões sobre vendas.

O autor narrou na exordial que sua remuneração era variável, composta unicamente de comissão na razão de 18% do lucro obtido pela ré em cada transação de compra e venda de imóveis. O que lhe gerava uma média remuneratória mensal de R\$5.000,00 (cinco mil reais).

A ré impugnou a assertiva, alegando inépcia. Sustentou não ser crível que um corretor recebesse valor linear, ante a variabilidade do mercado, e adunou que o autor não indicou o critério de apuração de seu salário médio e nem mesmo a evolução de comissões para cada ano.

Veio aos autos relatórios de vendas emitidos pela [REDACTED], compreendendo o período de setembro de 2007 a fevereiro de 2016. Os valores anuais eram variáveis proporcionalmente à variação do percentual aplicado sobre o valor-base do imóvel.

Também se vislumbram nos autos RPAs. Por amostragem, em maio de 2014, verifica-se que o autor percebeu a importância de R\$3.419,00 em 14/05/14; R\$2.052,00 em 19/05/2014 e; R\$1.494,00 em 27/05/2014, o que totalizou no mês de maio de 2014, pelo menos, a quantia de R\$ 6.965,00 (seis mil, novecentos e sessenta e cinco reais).

Na audiência inaugural realizada em 03/10/2017, consignou-se em

ata que "aberta a sessão, o autor informou que de fato a média de comissões dos últimos 60 meses era no valor de R\$ 5.000,00".

Já na audiência de instrução, foram colhidos os seguintes depoimentos a respeito da média de comissões:

Reclamante: [...] que recebia à base de comissão; **que o autor recebia 18% sobre a comissão recebida pela imobiliária, que era na faixa de 5 a 6% sobre o valor da compra e venda do imóvel**; que quem pagava o autor era a imobiliária; que não recebia nenhuma ajuda de custo; que a supervisora fiscalizava tanto o horário de trabalho quanto as negociações; que tinha que fazer relatórios; que havia ficha de entrada e que os últimos cinco a permaneceram na loja tinham que fechá-la; que havia de 10 a 15 corretores por plantão, na loja do autor; que a loja era grande; que o salão de baixo tinha aproximadamente 60m² e o de cima aproximadamente 12m²; que normalmente comportava 15 corretores na manhã e 15 na parte da tarde, a depender do número de chamadas".

Testemunha indicada pelo reclamante: [...] que o pagamento das comissões são feitos, em dinheiro, ou cheque ou em depósito; **que o comissionamento era de 18% sobre o valor recebido pela imobiliária; que era negociado a base de 5 a 6% sobre o valor de compra e venda do imóvel**; que não tem ideia de quanto o autor recebia por mês;".

Testemunha indicada pela reclamada: "[...] que não sabe precisar os percentuais da época do autor, mas atualmente o percentual é de 18% sobre o valor de comissão recebido pela empresa no caso de captação de imóvel, o percentual era de 20%; que não sabe dizer quantos corretores credenciados tinham na loja do [REDACTED], tampouco na reclamada; que em média, cada loja tem 30 corretores credenciados; que havia uma pagadoria que administrava o pagamento dos corretores; que no caso de lançamentos a comissão era feita pelos compradores e em caso de imóveis prontos, pelos vendedores; que em regra havia emissão de cheque para pagamento da comissão do vendedores e outro para pagamento da comissão da imobiliária; que as vezes o pagamento era feito pela imobiliária". (grifos)

Extrai-se claramente da prova testemunhal que a média das comissões pagas ao autor era de 18% sobre o valor recebido pela imobiliária; que era negociado a base de 5 a 6% sobre o valor de compra e venda do imóvel. Com efeito, a prova oral não soube precisar quantos imóveis eram vendidos por mês. Mas o autor confessou, na audiência inaugural, que, nos últimos tempos, percebia em torno de R\$5.000,00 (cinco mil reais) mensais, até mesmo por conta da baixa do mercado imobiliário, fato público e notório.

Não obstante a reclamada tenha acostado planilha de vendas,

apontando que o autor recebia comissões em valores muito reduzidos em relação àqueles declinados na inicial. Ao contrário do que aduziu a reclamada, a parte autora impugnou especificamente a prova documental acostada, sob a razão de não conter todos os imóveis vendidos. Isso de fato se verifica pois, cotejando esta com os RPAs, vê-se que muitos dos valores ali discriminados não se fizeram constar na lista da ré.

Outrossim, os próprios RPAs demonstram que o autor, em alguns meses, recebeu mais que os R\$5.000,00 mensais, o que revela a verossimilhança das alegações, no sentido da variação remuneratória e permite concluir que a média fixada em sentença está condizente com a realidade.

Mantém-se a v. decisão de primeiro grau também no tocante aos reflexos, pois a natureza salarial das comissões incidem naquelas verbas indicadas na r. sentença, inclusive em RSR. Até mesmo porque o autor não era mensalista, uma vez que seu pagamento era efetuado de acordo com a data dos fechamentos dos contratos e não recebia a remuneração pelo repouso na forma legal.

Por fim, entende-se que é prematuro oficiar nesta etapa a Receita Federal, a fim de apurar corretamente a tributação que deveria ter incidido sobre as verbas de natureza salarial devidas ao reclamante. Deve-se, antes disso, ser liquidado os pedidos e apurado os valores totais devidos ao autor, para então chamar o órgão responsável para se manifestar. Vale apenas lembrar que era encargo da reclamada o correto pagamento e recolhimento fiscal em momento oportuno, não podendo, agora, imputar ao reclamante o ônus de sua omissão.

Nego provimento.

Das Verbas Rescisórias e da Multa do Art. 477, §8º, da CLT

Insurge-se a parte recorrente contra a condenação ao pagamento de décimo terceiro salário, férias, terço constitucional, aviso prévio, repouso semanal remunerado, FGTS e indenização de 40%. Primeiro, diz a ré que não era empregadora do autor e, por cautela, que não foi sua a iniciativa de romper o contrato e que nem disso há provas.

Superado o argumento da inexistência de relação de emprego, restamos dizer que o reconhecimento do vínculo emprego atrai a presunção de continuidade do pacto laboral até prova em contrário, ônus que incumbe à demandada porque consiste em fato impeditivo do direito do autor (CLT, art. 818). Assim, como nada ficou comprovado nos autos sobre como e por quem se deu o rompimento da relação que o autor desenvolveu com a ré, sendo certo que, por primazia da realidade, tratava-se de relação de emprego, por decorrência lógica são devidas as verbas rescisórias. Já que, como a ré sequer reconhecia o autor como seu

empregado, não é crível que tenha lhe pagado, oportunamente, as verbas legais que lhe eram de direito quando do seu afastamento. Logo, não há nada a reformar na r. sentença nesse aspecto.

Por fim, com relação à multa do art. 477, §8º, da CLT, esta também é devida diante do incontroverso inadimplemento das verbas resilitórias. Vale apenas pontuar que a sentença judicial que reconhece a existência de vínculo empregatício tem natureza declaratória, e não constitutiva. Isto é, ela declara um fato que já existia ao tempo do contrato, arrastando, portanto, todos os direitos que deveriam ter sido reconhecido desde o início.

Assim, mantém-se incólume a v. decisão de primeiro quanto às verbas rescisórias e multa do art. 477, §8º, da CLT.

Nego provimento.

Da Multa pelo Descumprimento de Obrigações de Fazer

A recorrente, por fim, impugna a r. sentença, que determinou-lhe a obrigação de anotar o registro do contrato de trabalho na CTPS do recorrido, sob pena de multa no valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais). Alega que existe a possibilidade legal de cumprimento da obrigação de fazer pela secretaria da própria Vara do Trabalho, o que assegura, inclusive, um resultado prático equivalente ao do adimplemento pela ora recorrente e inviabiliza, portanto, a imposição de multa diária coercitiva.

Quanto à tal multa cominada pelo descumprimento da obrigação de fazer, no importe de R\$500,00 (quinhentos reais) por dia de descumprimento, vale notar que a pena consiste em medida legal coercitiva a fim de forçar o empregador a cumprir ordem judicial, respaldada em lei ou regulamento. Logo, a pena somente é aplicada se o devedor incorrer em mora.

Não se trata de uma condenação automática, mas de sanção que não necessariamente será gerada, caso a ré cumpra a sentença no prazo entabulado (CPC, art. 537). Assim sendo, basta o cumprimento da ordem judicial para que a ré não incorra na penalidade cominada e, assim, evite o prejuízo da multa.

Ademais, é verdade que o art. 39 prevê a possibilidade da própria vara trabalhista efetuar o registro omitido. Entretanto, não é verdade que tal anotação seja equiparada àquela feita pela própria empresa. Explico.

O empregado tem o direito constitucional de ter sua carteira de

trabalho anotada primordialmente pela sua empregadora, à exceção dos casos em que esta esteja em local incerto e não sabido. E, somente nesse aspecto, a medida se revela necessária e justa. Todavia, uma vez localizada a parte ré, não há porque arriscar o futuro do autor, submetendo-o, como já sabemos que comumente ocorre, a represálias trabalhistas, quando existe no ordenamento meios eficazes de forçar o cumprimento da obrigação de fazer, qual seja, anotar a CTPS do reclamante.

Nesses termos, a fim de garantir que a empresa cumpra seu dever social, trabalhista e previdenciário e evitar que o autor adquira um obstáculo frente ao mercado de trabalho, mantendo a condenação da reclamada ao pagamento de multa por dia de atraso, caso não compareça à secretaria da vara para assinar a carteira de trabalho do reclamante, nos termos do art. 536 do CPC.

Por fim, quanto ao valor, entende-se que o valor diário fixado está razoável e proporcional ao fim de satisfazer a principal obrigação. Ademais, caso comprovada a insuficiência da ré ou o grave impacto financeiro, é passível de alteração o valor da multa, consoante art. 537, §1º, do CPC.

Diante do exposto, a r. sentença deve ser mantida.

Nego provimento.

Recurso do Reclamante

Do Prazo Prescricional do FGTS

Aduna o reclamante que sua única insurgência em relação à sentença se refere à prescrição específica do FGTS. Aduna que o liame empregatício vigeu de 15 /03/2002 a 19/12/2015, tendo a distribuição da ação ocorrido em 27/06/2017. Sustenta que, ao longo da maior parte do contrato de trabalho, a prescrição do FGTS era indiscutivelmente trintenária, em decorrência do disposto no art. 23, § 5º, da Lei n. 8.036/1990. E, considerando que apenas em 13/11/2014 passou a prevalecer o novo entendimento acerca da prescrição do FGTS, defende que, ante a nova redação da Súmula 362 do TST, não haveria a incidência de prescrição sobre o FGTS em hipótese alguma, uma vez que não se consumou o decurso de 5 anos contados de 13/11/2014 e muito menos os 30 anos, contados do termo inicial da prescrição.

Consta, na v. decisão de embargos de declaração, o seguinte:

"A prescrição pronunciada em sentença se aplica ao FGTS, já que a lesão é anterior a 13/11/2014 e o prazo de 5 anos, contado a partir de tal marco, ocorrerá

primeiro que o prazo de 30 anos contado do termo inicial, nos termos da Súmula 362, TST. Diante disso, pronuncio a prescrição quinquenal da pretensão aos recolhimentos fundiários devidos no período anterior a 27/06/2012, extinguindo o feito com resolução do mérito, forte no art. 487, II, do NCPC, aqui aplicado por força do disposto no art. 769 da CLT".

Ao exame.

Quanto à matéria, vale dizer que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do recurso extraordinário com agravo (ARE) 709.212, com repercussão geral reconhecida, declarou a inconstitucionalidade das normas que previam prazo prescricional de 30 (trinta) anos para ações relativas a valores não depositados no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS). O entendimento atual é o de que o FGTS está expressamente definido na CRFB (art. 7º, inciso III) como direito dos trabalhadores urbanos e rurais e, portanto, deve se sujeitar à prescrição trabalhista, de 5 (cinco) anos.

Em sede de modulação temporal, ficou determinado que para os casos cujo termo inicial da prescrição - ou seja, a ausência de depósito no FGTS - ocorra após a data do julgamento (13/11/2014), aplica-se, desde logo, o prazo de 5 (cinco) anos. Para aqueles em que o prazo prescricional já esteja em curso, aplica-se o que ocorrer primeiro: 30 (trinta) anos, contados do termo inicial, ou 5 (cinco) anos, a partir do julgamento.

O referido entendimento restou consagrado no âmbito do C. TST, na nova redação dada a Súmula nº. 362, por meio da Res. 198/2015, verbis:

"FGTS. PRESCRIÇÃO.

I - Para os casos em que a ciência da lesão ocorreu a partir de 13.11.2014, é quinquenal a prescrição do direito de reclamar contra o não recolhimento de contribuição para o FGTS, observado o prazo de dois anos após o término do contrato;

II - Para os casos em que o prazo prescricional já estava em curso em 13.11.2014, aplica-se o prazo prescricional que se consumar primeiro: trinta anos, contados do termo inicial, ou cinco anos, a partir de 13.11.2014 (STF-ARE-709212/DF)."

No caso dos autos, o contrato de trabalho do autor vigeu de 15/03 /2002 a 19/12/2015, sendo a presente ação trabalhista ajuizada em 27/06/2017. Encontram-se prescritas, portanto, as parcelas anteriores a 27/06/2012, da forma como entendeu o d. juízo de primeiro grau.

Isso porque, em 13/11/2014, já haviam transcorridos 12 anos do marco inicial da prescrição do FGTS (uma vez que, com a ausência de anotação da CTPS, o autor já tinha ciência da lesão desde o início do contrato). Assim, o caso se enquadra exatamente no segundo item do verbete supra. E, traduzindo a orientação jurisprudencial nele instaurado, temos que, 30 anos contados a partir de 15/03/2002, findaria em 15/03/2032, ao passo que, 5 anos contados a partir de 13/11/2014, concluiria-se em 13/11/2019. Esta última, portanto, é a data mais próxima, revelando, com isso, que a prescrição aplicável é a quinquenal.

Nego provimento.

Pelo exposto, conheço de ambos os recursos ordinários, rejeitando a preliminar arguida pela parte ré em contrarrazões e, no mérito, nego-lhes provimento, tudo na forma da fundamentação supra.

A C O R D A M os Desembargadores da Primeira Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Primeira Região, por unanimidade, conhecer de ambos os recursos ordinários, rejeitar a preliminar arguida pela parte ré em contrarrazões e, no mérito, **negar-lhes provimento**, nos termos do voto da Desembargadora Relatora, que determinou, ainda, a retificação da autuação para fazer constar as reclamadas também como recorrentes.

Rio de Janeiro, 30 de julho de 2019.

ANA MARIA MORAES
Relatora

/pfc/H

Assinado eletronicamente por: ANA MARIA SOARES DE MORAES - 13/08/2019 12:29:14 - 25fe8fd
<https://pje.trt1.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?nd=19071613005829000000036562955>
Número do processo: 0101005-31.2017.5.01.0062
Número do documento: 19071613005829000000036562955